



"L'argent, l'ancien ministre et le juge"

Van Boxstael, Jean-Louis

Abstract

La note contient le commentaire d'un arrêt rendu par le tribunal fédéral suisse le 13 mai 1999, dans une espèce impliquant l'ancienne première ministre du Pakistan, accusée de détournement de deniers publics. Elle aborde en quelques pages le contentieux suscité par le détournement présumé, par d'anciens dirigeants, de fonds publics étrangers.

Document type : *Article de périodique (Journal article)*

Référence bibliographique

Van Boxstael, Jean-Louis. *L'argent, l'ancien ministre et le juge*. In: *Journal des tribunaux*, Vol. 2000, no.13, p. 264-268 (2000)

JURISPRUDENCE

TRIBUNAL FÉDÉRAL SUISSE. — Recours de droit public. — Recevabilité.

Tribunal fédéral suisse, 13 mai 1999

Siég. : les juges Aemisegger, président, Féraud et Jacot-Guillarmod.

Recours de droit public formé par la république islamique du Pakistan, contre l'ordonnance rendue le 2 octobre 1998 par la chambre d'accusation du canton de Genève, dans la cause opposant la recourante à A..., B..., C... et au procureur général du canton de Genève (art. 84, al. 1^{er}, lettre a de l'O.J.; irrecevabilité du recours formé par un Etat étranger).

L'Etat étranger agissant en vertu de sa souveraineté n'est pas habilité à saisir le Tribunal fédéral d'un recours de droit public. Pareil recours est recevable, à titre exceptionnel, lorsque l'Etat étranger agit comme titulaire d'un droit privé, à l'instar d'un particulier.

2000

264

Vu les pièces du dossier d'où ressortent les faits suivants :

A. — Le 4 novembre 1997, le procureur général du canton de Genève a ouvert une information pénale contre l'avocat C..., soupçonné de blanchissage d'argent (art. 305bis, C. pén.) et de corruption passive (art. 315, C. pén.). La société D... (ci-après : la société) et sa filiale E... auraient versé à F... et à G... époux et beau-frère de l'ancien premier ministre de la République islamique du Pakistan Benazir Bhutto, des pots-de-vin en vue de la conclusion de contrats publics d'inspection. Le produit de la corruption aurait été viré sur des comptes ouverts auprès d'établissements bancaires à Genève, au nom des sociétés H... Inc. et I... Inc., gérés par C... L'action pénale a été étendue à toute autre personne impliquée dans l'affaire, ainsi qu'à tout autre fait de blanchissage en rapport avec le produit d'actes de corruption imputables à Bhutto ou à ses proches.

Le 16 janvier 1998, la république islamique du Pakistan a fait part au juge d'instruction de son intention de se constituer partie civile « dans toutes les procédures pénales entamées à Genève en relation avec les actes de corruption, d'escroquerie, de blanchiment d'argent, de faux dans les titres, etc. » concernant Bhutto et consorts.

Le juge d'instruction a procédé à l'audition d'employés de la société et de E... dont il a aussi ordonné, le 22 avril 1998, la perquisition des locaux. Le 29 mai 1998, il a inculpé B... employé de la société, pour complicité de blanchissage d'argent, voire de blanchissage. Il a inculpé C... et A..., employé de la E..., sous la prévention des mêmes délits, le 2 juin 1998. Lors de leur audition, A... et C... ont

contesté la qualité de partie civile de la république islamique du Pakistan.

Par ordonnance du 24 juin 1998, le juge d'instruction a admis la qualité de partie civile de la république islamique du Pakistan et débouté les inculpés de leur incident.

Le 2 octobre 1998, la chambre d'accusation du canton de Genève a admis les recours formés par C..., B... et A... contre cette décision, qu'elle a annulée. La chambre d'accusation a considéré, en bref, que la république islamique du Pakistan n'avait pas apporté la preuve du préjudice qu'elle aurait subi en raison des faits de blanchissage mis à la charge des prévenus; en outre, une procédure pénale aurait été ouverte au Pakistan contre Bhutto et consorts dans le cadre de laquelle des mesures auraient été prises, y compris par le moyen de l'entraide judiciaire internationale, pour préserver les intérêts du Pakistan.

B. — Agissant par la voie du recours de droit public, la république islamique du Pakistan demande au Tribunal fédéral d'annuler la décision du 2 octobre 1998. Elle invoque l'article 4 de la Constitution.

La chambre d'accusation se réfère à sa décision. Le procureur général s'en rapporte à justice. L'intimé A... conclut au rejet du recours. Les intimés B... et C... concluent principalement à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet.

Considérant en droit :

1. — Le Tribunal fédéral examine d'office et avec une pleine cognition la recevabilité des recours qui lui sont soumis (A.T.F. 124, I, 11, consid. 1, p. 13, 159, consid. 1, p. 161; 124, II, 409, consid. 1, p. 411, 499, consid. 1a, p. 501; 124, III, p. 134, consid. 2, p. 136 et les arrêts cités).

a) L'Etat étranger agissant en vertu de sa souveraineté (*iure imperii*) n'est pas habilité à saisir le Tribunal fédéral d'un recours de droit public au sens de l'article 84, alinéa 1^{er}, lettres c ou d de l'O.J. (A.T.F. 111, Ia, 52, consid. 2a, p. 53/54; consid. 3, non publié de l'A.T.F. 111, Ia, 62). Exceptionnellement, le recours de droit public est recevable sous l'angle de l'article 84, alinéa 1^{er}, lettres c ou d de l'O.J., lorsque l'Etat étranger agit comme titulaire d'un droit privé (*iure gestionis*), à l'instar d'un particulier (A.T.F. 111, Ia, 52, consid. 2b, p. 54; consid. 2a, non publié de l'A.T.F. 111, Ia, 62). Dans ce cadre, le Tribunal fédéral est entré en matière sur des recours de droit public formés par des Etats étrangers invoquant la violation de leur immunité, en relation avec des procédures d'exécution forcée (A.T.F. 111, Ia, 52, 62; 106, Ia, 142, consid. 2, p. 144-147; 104, Ia, 367; 86, I, 23; 82, I, 75; 44, I, 49).

En revanche, l'Etat étranger n'est pas recevable à agir par la voie du recours de droit public au sens de l'article 84, alinéa 1^{er}, lettre a, de l'O.J., puisqu'il n'est par définition pas titulaire des droits constitutionnels des citoyens (A.T.F. 101, Ia, 163, consid. 2, p. 166; consid. 2a non publié de l'A.T.F. 111, Ia, 62; Walter Kälin, *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*, 2^e éd., Berne, 1994, pp. 216-217).

b) En l'espèce, la recourante invoque l'article 4 de la Constitution, en reprochant à la chambre d'accusation de lui avoir arbitrairement dénié la qualité de partie civile. En cela, elle se prévaut, dans le cadre d'un recours de droit public au sens de l'article 84, alinéa 1^{er}, lettre a, de l'O.J., d'un droit constitutionnel dont elle n'est pas titulaire. Le recours est ainsi irrecevable.

2. — Les frais sont mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 156, al. 1^{er}, de l'O.J.), ainsi qu'une indemnité en faveur des intimés, à titre de dépens (art. 159, al. 1^{er}, de l'O.J.).

Par ces motifs :

Le Tribunal fédéral,

Vu l'article 36a, de l'O.J. :

1. Déclare le recours irrecevable.



L'argent, l'ancien ministre et le juge

Les procès dirigés contre d'anciens chefs d'Etat ou dignitaires étrangers deviennent suffisamment nombreux pour passer presque inaperçus, quelque révolutionnaires qu'ils demeurent au regard des idées anciennes sur lesquelles s'est bâtie la société internationale (1). Les procès faits à l'ancien shah d'Iran, ceux formés contre les anciens présidents Marcos et Duvalier, ont fixé une jurisprudence que l'affaire Bhutto ne renouvelle pas, tout choquants que puissent de prime abord paraître les termes utilisés par le Tribunal fédéral à l'endroit de l'Etat pakistanais (II et III). Ces termes sont liés à la nature de l'infraction — le blanchiment d'argent — dont ils servent de prédicat. On le verra (IV), non sans qu'aient été sommairement rappelées les données de fait qui ont conduit au prononcé faisant l'objet du présent commentaire (I).

I. — Antécédents

Les ennuis judiciaires de Mme Bhutto n'ont guère suivi de beaucoup son départ du pouvoir. Dès le 8 septembre 1997, le nouveau gouvernement d'Islamabad invitait le Conseil fédéral suisse à ordonner le gel provisoire des avoirs que l'ancien premier ministre, son époux, Asif Ali Zardari, et sa mère, Nusrat Bhutto, possédaient, pour un montant estimé initialement à quelque vingt millions de francs suisses, auprès de quatre établissements bancaires genevois (2). La mesure fut

(1) Cf. Trib. féd., pr. Cour de dr. publ., 24 juill. 1997, *J.T.*, 1998, p. 94, note.

(2) *Le Journal de Genève*, 16 sept., et *Le Monde*, 18 sept. 1997. Les montants visés furent ultérieurement portés à une somme comprise entre cinquante et quatre-vingt millions de dollars (*Le Temps*, 3 juin 1998).

prise le jour même, conformément à l'article 18, alinéa 2, de la loi fédérale sur l'entraide judiciaire en matière pénale (E.I.M.P.), qui autorise l'Office fédéral de la police à prendre des mesures provisoires, pour un délai déterminé, « dès l'annonce d'une demande » d'entraide (3). Elle fut confirmée moins d'un mois plus tard, après qu'une demande d'entraide en bonne et due forme fut parvenue au Conseil fédéral (4). L'on sait les étapes, généralement longues, qu'une procédure d'entraide suit depuis ce stade préliminaire : communication des renseignements et documents de preuve, remise des biens et avoirs provenant de l'infraction. Ces étapes étaient, semble-t-il engagées, et l'étaient bien, lorsqu'une seconde procédure, mue *proprio motu* par les autorités helvétiques, allait frapper l'ancien couple premier ministériel : au mois de janvier 1998, le parquet de Genève lançait une instruction pénale contre divers comparses de Benazir Bhutto pour infraction à l'article 305bis du Code pénal suisse, qui réprime le blanchiment d'argent (5) — instruction, fondée non seulement sur la corruption mais aussi sur le trafic de drogue, bientôt élargie à l'ancien premier ministre lui-même, à sa mère et à son mari, sans compter... le nouveau premier ministre du Pakistan, Nawaz Sharif (6).

Les choses, cependant, n'allaient pas traîner. Car le 15 mars 1999, sur la foi des renseignements que lui avait fournis un juge d'instruction genevois, une cour pénale réunie à Lahore, refusant d'examiner quelle différence il y avait entre un « indice recueilli au niveau de l'instruction » et une « preuve admise lors d'un jugement au fond » (7), condamnait l'ancien premier ministre et son mari, accusés de corruption, à cinq années de prison et plus de huit millions et demi de dollars d'amende, sans compter la confiscation générale de leurs biens et l'interdiction d'exercer une fonction publique (8). La condamnation n'est pas devenue définitive, la Cour suprême, qui devait examiner leur appel, ayant été dissoute par un coup d'Etat militaire qui chassa M. Sharif du pouvoir et le menaça aujourd'hui du sort qu'il avait infligé à son prédécesseur (9). Mais la question ne demeure pas moins, pour l'Etat pakistanais, de remettre la main sur les avoirs qui lui ont été frauduleusement soustraits.

II. — Le recours de droit public

L'idée de se constituer partie civile dans la procédure pénale ouverte à Genève devait à cet égard s'imposer aux conseils de l'Etat pakistanais avec une lumineuse évidence. N'était-ce pas, pour lui, le moyen facile d'éviter les difficultés presque inextricables aux-

quelles le Mexique, puis les Philippines, s'étaient heurtés, pour obtenir la restitution de l'« argent volé », dans le cadre, respectivement, des affaires Pemex (10) et Ferdinand Marcos (11). Même, le droit de toute personne qui se prétend lésée par l'infraction de se constituer partie civile pouvait offrir au Pakistan une deuxième voie de récupération, parallèle à la première. C'est, à l'évidence, ce danger que le Pakistan puisse être payé deux fois qui a conduit la chambre d'accusation du canton de Genève à rejeter ses prétentions, au motif que le préjudice dont il se plaignait ne découlait pas des actes poursuivis, mais des faits mêmes de corruption qu'il s'était chargé de réprimer sur son propre territoire. Cela suffisait à garantir la sauvegarde de l'entier du préjudice, dit la Cour, d'autant que la Suisse avait accédé à la demande d'entraide internationale qu'il avait à ce dernier égard formée, et que les perspectives s'ouvraient ainsi largement, pour l'Etat requérant, de la remise des biens et avoirs provenant de l'infraction (12).

La décision n'est, sur le fond, ni confirmée, ni infirmée par le Tribunal fédéral. La république du Pakistan s'étant en l'espèce prévalue d'une violation de l'article 4 de la Constitution fédérale, qui érige entre « tous les Suisses » les principes d'égalité et de non-discrimination, il a suffi au Tribunal de prendre acte qu'elle n'était pas titulaire des droits constitutionnels des citoyens pour déclarer irrecevable le recours qu'elle avait introduit sur cette base. Encore faudrait-il examiner, pour percevoir la portée exacte du motif, si la Constitution suisse ne contient pas une disposition analogue à celle de l'article 191 de la Constitution belge, qui étend les droits civils des citoyens aux étrangers régulièrement admis sur le territoire et, cela étant, pourquoi les personnes publiques devraient à cet égard être traitées différemment des personnes privées : les droits dont il s'agit sont civils, plutôt que politiques. Le *littera a* du considérant est, cependant, plus intéressant, qui exclut pareillement les Etats étrangers du bénéfice du recours de droit public fondé sur les lettres *c* et *d* de l'article 84, *a*, alinéa 1^{er}, de la loi fédérale d'organisation judiciaire (O.J.), savoir, respectivement, la violation de traités internationaux et celle des règles de compétence du droit fédéral. Car, décide le Tribunal, de l'article 113, alinéa 3, de la Constitution se déduit que les réclamations fondées sur la violation des droits constitutionnels des citoyens ou la violation de concordats ou de traités ne sont admissibles que si elles émanent « de particuliers » (13), et il faut en conséquence distinguer l'Etat étranger qui « agit comme titulaire d'un droit privé (*iure gestionis*), à l'instar d'un particulier » de celui qui agit « en vertu de sa souveraineté (*iure imperii*) » : le recours du premier pourrait être « exceptionnellement » admissible; celui du second ne le sera jamais. Il lui restera, seulement, à déférer ses critiques au Conseil fédéral, dans le cadre de la « dénonciation » (*Aufsichtsbewerke*) qu'organise l'article 71 de la loi fédérale sur la procédure administrative (P.A.), et

celui-ci pourra, le cas échéant, prendre sur le fondement de l'article 102, chiffre 8, de la Constitution, les mesures d'exception que justifient les « intérêts de la Confédération au dehors, notamment (...) l'observation de ses rapports internationaux » (14).

Il n'y aurait pas lieu de s'arrêter sur ce point de droit, fondé en apparence sur des textes indiscutables que confirme une longue tradition judiciaire, si, n'était cet apparent unanimité, le Tribunal fédéral n'avait, de longue date, admis au recours de droit public les Etats étrangers qui se prétendent victimes d'une violation de leurs immunités (15). Car comment un même texte peut-il permettre à un Etat étranger d'obtenir la levée d'un séquestre ordonné en violation de son immunité d'exécution, et lui dénier de pouvoir, par un biais ou un autre, remettre la main sur des avoirs dont il prétend avoir été illicitement dépossédé (16), alors même — c'est là qu'est le paradoxe — que la situation du second est bien plus proche de celle du simple particulier que celle du premier. Aussi bien est-il permis de quitter les étroites considérations de procédure, trop liées aux particularités du droit suisse, dans lesquelles semble s'enfermer le Tribunal fédéral. Car dans la distinction qu'il établit entre l'Etat étranger qui agit dans l'exercice de sa puissance publique, et celui qui revendique les droits d'un simple particulier, c'est tout le statut de l'Etat étranger demandeur qui apparaît, façonné selon des critères anciens. La Cour de cassation de France y a fait écho, il y a près de dix ans, pour rejeter les prétentions que la république d'Haïti avait élevées contre Jean-Claude Duvalier : de la combinaison [des règles de droit international régissant les relations entre Etats] et de [l'article 3 du Code civil] résulte le défaut de pouvoir des juridictions françaises de connaître (...) des demandes d'un Etat étranger, fondées sur des dispositions de droit public, dans la mesure où, du point de vue de la loi française, leur objet est lié à l'exercice de la puissance publique » (17). La règle est bien connue en Suisse, dont la Division fédérale de la justice annonçait, dans un « avis de droit » du 11 août 1978, qu'une jurisprudence bien établie jugeait irrecevables, et non susceptibles d'exécution forcée, les prétentions d'un Etat étranger fondées sur des dispositions de son droit public — la question de savoir si une demande rentrait dans cette catégorie devant se résoudre à la lumière des « conceptions juridiques suisses » (18).

(14) *Ibid.*

(15) A.T.F., 56 I 237; 82 I 75; 86 I 23; 104 Ia 367; 106 Ia 142. Cf. les circulaires du Département fédéral de justice et de la police des 26 nov. 1979 et 8 juill. 1986 concernant le « séquestre de biens d'Etats étrangers en Suisse », resp. J.A.A.C., 1980-1981, n° 54 et *Bl.Sch.K.*, 1986, p. 194, trad. dans *A.S.D.I.*, 1987, p. 162.

(16) Voy., en matière d'œuvres d'art illicitement exportées, A.T.F., 101 Ia 163, que l'on comparera utilement, pour apprécier le progrès contemporain des idées, avec A.T.F., 123 II 134.

(17) 1^{re} ch. civ., 29 mai 1990, D.S., 1990, I.R., p. 153; *Rev. crit.*, 1991, p. 386, obs. Bischoff, *Clunet*, 1991, p. 137, note.

(18) J.A.A.C., 1978-1979, n° 130, *Addé* l'avis du 22 juin 1978, qui, contrairement à la qualification qu'elles reçoivent selon leur propre droit, considère que les créances françaises de sécurité sociale sont des créances de droit public et qu'à ce titre, « elles ne peuvent pas faire l'objet d'une exécution forcée en Suisse » — la Division de la justice ajoutant que cette solution est, mieux qu'une invocation systéma-

(3) La loi elle-même, publiée à la F.F., 1981, II, p. 807, a été modifiée, pour plus d'efficacité, le 4 octobre 1996 (*R.O.*, 1997, p. 114). Voy. notam. Harari, « Remise internationale d'objets et valeurs : réflexions à l'occasion de la modification de l'E.I.M.P. », in *Procédure pénale - Droit pénal international - Entraide pénale - Etudes en l'honneur de Dominique Poncet*, Lausanne, 1997, pp. 167 et s.

(4) *Le Journal de Genève*, 16 oct. 1997.

(5) *Ibid.*, 19 janv. 1998.

(6) *Le Temps*, 3, 4 et 5 juin; 1^{er}, 18, 19 et 28 juill.; 20 et 21 août 1998.

(7) *Ibid.*, 17 nov. 1999.

(8) *Ibid.*, 11 avril.

(9) *Ibid.*, 19 nov.

(10) A.T.F., 115 Ib 517, spéc. consid. 7 et s., pp. 531 et s.

(11) A.T.F., 113 Ib 257; 116 Ib 452, et 123 II 595. Voy., sur cette suite d'arrêts, *L'argent des dictateurs*, thèse de l'Université de Louvain, 1999, vol. 1, pp. 67 et s.

(12) *Le Temps*, 14 oct. 1998, et 26 janv. 1999.

(13) A.T.F. 101 Ia 163, consid. 1, p. 165; 106 Ia 142, consid. 2a, p. 144.

III. — *L'Etat étranger demandeur*

Il ne saurait suffire, quelque tentation que l'on en éprouve (19), de faire grief aux éminentes juridictions suisse, et française, d'avoir rangé les prétentions d'un Etat qui cherche à récupérer des avoirs qui lui ont été soustraits frauduleusement au nombre des prétentions de droit public plutôt que de droit privé. La qualification a ses mystères, qu'il est difficile d'appréhender pleinement. La Cour fédérale du neuvième circuit a, du reste, fait le même raisonnement, pour soustraire, cette fois, l'Etat philippin, accusé de s'être entendu avec les héritiers de M. Marcos sur un partage de la fortune de l'ancien dictateur, aux sanctions que les victimes des violations des droits de l'homme commises pendant la dictature, qui entendaient, elles aussi, faire main basse sur ces avoirs, avaient réclamées contre lui : l'Etat philippin, décida la Cour, avait, pour récupérer la fortune de M. Marcos, agi dans l'accomplissement d'un « mandat légal », dans l'exercice d'un « pouvoir de police ». Son activité était « gouvernementale » plutôt que « commerciale » (20).

L'on discuterait longtemps sur les qualités, publique ou privée, en lesquelles un Etat, ce « Janus », se présente devant un for étranger : il avance tantôt revêtu de la « toge pourpre de l'imperium », tantôt glissé dans les guenilles de l'« humble » particulier, et, dans les « cas limites », il a l'un et l'autre manteaux (*Januskopf* ou *doppelgesichtige Ansprüchen*) (21). Mais qu'importe ? C'est la règle même qui paraît devoir être remise en cause. Car au contraire de ce que prétendait Mann, ou de Visscher, l'Etat étranger qui saisit les tribunaux du

for n'agit pas « dans l'exercice de la puissance publique ». Sa demande n'est que d'un particulier, qui, « humblement et simplement », attend que justice lui soit rendue. Et l'accueil de pareille action — Wengler l'avait pressenti, Frank l'a montré — n'est encore, de la part de l'Etat du for, qu'une manière d'exercer sa propre souveraineté (22).

L'arrêt *Duvalier*, pourtant, résiste à l'analyse. Car il n'est rédigé ni dans les termes d'un conflit de souverainetés, ni même dans ceux d'un conflit d'intérêts. Bien plutôt emprunte-t-il, dans son apparente perfection technique, son langage au droit international privé, qui paraît, à moins que ce ne fût l'inverse, venir à l'appui d'un droit international public qui a épuisé ses raisons. Il ressuscite la vieille « maxime » de l'inapplicabilité du droit public étranger, que l'on croyait perdue, depuis que l'Institut de droit international l'a condamnée à sa session de Wiesbaden (23), et qui renaît comme l'hydre, en sa pointe la plus avancée : celle des prétentions publiques étrangères. Ses prémisses, pourtant, sont erronées, que l'exclusivité seule de la règle de conflit bilatérale, son « absolutisme », aujourd'hui largement remis en cause, a pu, un temps, consolider (24). La démonstration s'en fait aisément, tant les idées sur lesquelles elle repose sont préconçues.

Il est assez naturel que, plus que la question du droit privé, celle du droit public international se conçoit dans les termes d'un conflit de souverainetés, et, que, comme telle, sa solution se trouve dans le droit des gens, celui-ci s'entend-il même sous la forme embryonnaire, et largement pressentie, de ces « règles régissant les relations entre Etats » auxquelles s'est référée la Cour de cassation de France. Plus que les privatistes, les publicistes y ont leur mot à dire.

La voie de l'entraide pénale, à cet égard, rassure : dès lors que la collaboration de l'Etat requis est volontaire, elle n'est pas suspecte d'outrepasser les limites que le droit international pose à la compétence normative des Etats, pas plus que de porter atteinte à la souveraineté de l'Etat du for. Plus que son efficacité, cette apparente réconciliation des exi-

gences de la justice avec celles du droit des gens explique l'engouement qu'elle suscite. Simplement s'étonnera-t-on que l'on songe si peu, en pareil contexte, à la souveraineté de l'Etat requérant, dont M. Seidl Hohenfeldern expliquait naïvement, aux journées d'Oslo, qu'il fallait le protéger contre lui-même (25). Les conditions posées à l'octroi de l'entraide, la répression du blanchiment, représentent des formes modernes d'atteinte à la souveraineté dont les implications n'ont pas encore été calculées, et il n'est pas certain que l'on a pris la mesure de cet « effet boomerang ».

Ainsi présenté, l'insolent succès de la voie pénale repose, quoi qu'il en soit, sur les idées traditionnelles. Il en est la trace ultime, paradoxale, puisque c'est dans l'expression la plus radicale de son pouvoir souverain — le pouvoir de punir — que l'Etat étranger a le plus de chances d'être entendu. L'occasion est donnée par là de rendre au droit public international la souplesse qu'un souci de facilité, ou une envie de rien faire, conduisent seuls à la rigidité (26). Le droit international, d'abord, ne contient aucune règle de compétence *a priori*, partageant le pouvoir normatif des Etats dans le domaine du droit public. Sans doute, celui-ci se sépare du droit privé en ce que son étendue dans l'espace doit correspondre aux règles de compétence qu'édicté à son égard le droit des gens — l'on peut, en cette matière, prendre le contre-pied de la thèse du pluralisme juridique que M. de Vareilles-Sommières a soutenue en droit privé (27). Mais, sauf lorsque sont en cause les éléments constitutifs de l'Etat, ces règles de compétence sont indéterminées *a priori*, et en quelque manière relatives, le contrôle de l'ordre public permettant seul au juge requis de statuer *a posteriori* sur leur violation. Le cœur de la discussion n'est, pour autant, pas atteint. Car il n'est pas sérieusement en cause que les rapports unissant un chef d'Etat à l'Etat qu'il a dirigé relèvent de ce noyau dur du droit public dans lequel est avérée la compétence exclusive de l'Etat auteur de la norme. Nulle violation de la souveraineté territoriale de l'Etat requis ne pourrait du reste suivre son exercice, dès l'instant que ces rapports se localisent, principalement, sur le territoire de ce premier Etat.

C'est l'efficacité formelle du droit public étranger qui est plutôt en cause. Mais à cet égard, les choses ne sont guère plus compliquées : il suffit de trouver la méthode par laquelle il force les portes de l'ordre juridique forain. Le droit public étranger s'impose, par quelque effet de la souveraineté étrangère, dans toutes les matières comprises dans son champ d'application. Son efficacité est unilatérale, car il serait antinomique, au moment de prononcer un principe favorable à son accueil, de le soumettre aux conditions d'application du for. Effet de la puissance publique étrangère, *comity*, *act of*

(22) Frank, « Öffentlich-rechtliche Ansprüche fremder Staaten vor Inländischen Gerichten », *RabelsZ.*, 1970, p. 64; Wengler, obs. en vue de la session d'Oslo, *A.I.D.I.*, vol. 57, II, p. 23, dont les conclusions, approuvées par Lalive (*ibid.*, vol. 56, p. 180; vol. 57, II, pp. 7 et 168), et, plus récemment, Verhoeven (« Sur la récupération à l'étranger des sommes détournées par d'anciens chefs d'Etat », in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, 1993, p. 370), démentent De Visscher (« Les gouvernements étrangers en justice - Reconnaissance internationale et immunités », *Rev. dr. int. lég. comp.*, 1922, pp. 319 et s.) et, surtout, Mann (« Öffentlich-Rechtliche Ansprüche im internationalem Rechtsverkehr », *RabelsZ.*, 1956, pp. 1 et s., trad., [1955] 40 *Transactions of the Grotius Society*, pp. 25 et s., rep., *Studies*, 1973, pp. 492 et s.; « Conflict of Laws and Public Law », *Rec. c.*, t. 132, 1971, I, pp. 166 à 181; « L'exécution internationale des droits publics », *Rev. crit.*, 1988, pp. 1 et s., trad., *Further Studies*, 1990, pp. 355 et s.).

(23) Vol. 56, pp. 550-552.

(24) Voy. à ce sujet Franciscakis, « Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit.*, 1996, pp. 5 et s., et Gothot, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit.*, 1971, pp. 10 et s.

(25) Vol. 57, II, resp. pp. 22 et 187 — argument, invoqué à l'appui de la règle de l'irrecevabilité, dont on mesure en pareil contexte la portée dérisoire.

(26) Audit, note au *Clunet*, 1975, pp. 72-73, et note à la *Rev. crit.*, 1991, pp. 382 et 385.

(27) *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé - Droit international public et droit international privé*, Paris, 1997, pp. 313, où l'auteur répond à Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. crit.*, 1979, pp. 1 à 29, 349 à 388, et 537 à 583.

tique de l'exception d'ordre public, de nature à garantir une égalité de traitement entre les débiteurs français et suisses de cotisations de sécurité sociale, poursuivis en paiement en Suisse (*ibid.*, n° 131, qui confirme l'enseignement du tribunal d'appel du canton de Bâle-ville, 27 déc. 1967, *R.S.J.*, 1968, p. 135).

(19) Huet, note sous Aix-en-Provence, 25 avril 1988, *Clunet*, 1988, p. 791 — l'arrêt est rapporté, également, dans *G.P.*, 1990, tables, v° « Etrangers », n° 17.

(20) In re *Estate of F. Marcos Human Rights Litigation* (*Hilao v. Estate of F. Marcos, Rep. of the Philippines*), Civ. n°s 94-16739 et 95-15259 (9th. Circ. Aug. 22, 1996) p. 16. Voy. aussi *Chuidian v. Philippine Nat. Bank*, 734 F. Supp. 415 (C.D. Cal. 1990), égal. rapp. dans *L.A. Daily Journ.*, April 20, 1990, qui jugea que l'ordre de la commission présidentielle philippine pour un gouvernement honnête suffisait à libérer, au moins provisoirement, l'agence philippine de garantie des risques à l'exportation des engagements qu'elle avait envers un *crony* de l'ancien président — cet ordre, étant celui d'un « foreign state acting in its sovereign as opposed to its private capacity », ayant la valeur d'un *act of state* (734 F.Supp., p. 420).

(21) La constatation en a été faite pour la première fois par M. Van Hecke (« Principes et méthodes de solution des conflits de lois », *Rec. c.*, t. 126, 1969, I, p. 490), à propos d'arrêts hollandais, admettant l'Etat belge à poursuivre aux Pays-Bas la condamnation d'inciviques, dont Wengler avait, avant lui, révélé l'originalité (« Über die Maxime von der Unanwendbarkeit ausländischer politischer Gesetze », *Int. R. und Dipl.*, 1956, pp. 192-193, note 10). L'affaire *Duvalier* en offrit un nouveau paradigme (Dehaussy, « Le statut de l'Etat étranger demandeur sur le for français », *Clunet*, 1991, p. 111; Dormann Bessenich, *Der ausländische Staat als Kläger*, 1993, pp. 147 et s.; Vischer, « Der ausländische Staat als Kläger », *IPRax*, 1991, p. 210; Van Hecke, « Nochmals : Der ausländische Staat als Kläger », *IPRax*, 1992, p. 205).

state, méthode des décisions : cela revient au même, car le droit public étranger, qui s'impose catégoriquement, n'est soumis à aucun autre contrôle que celui de sa conformité à l'ordre public du for (28).

Tel est le sens caché, pourtant si évident, du considérant par lequel le Tribunal fédéral s'est appréêté à accueillir, il y a plus de vingt-cinq ans, l'action par laquelle la République algérienne démocratique et populaire cherchait à récupérer le « trésor » que le Front de libération nationale avait amassé pendant la guerre d'indépendance, et que son ancien secrétaire général refusait, à la suite d'un différend avec M. Ben Bella, de remettre au gouvernement de celui-ci : « la reconnaissance d'un Etat par un autre implique non seulement la reconnaissance de son existence et de sa personnalité internationale, mais aussi celle de son gouvernement et de sa souveraineté, partant de son droit public interne » (29). Un quart de siècle plus tôt, le Tribunal avait permis au gouvernement communiste de Hongrie de mettre la main sur le coffre que l'ancien ministre plénipotentiaire de ce pays à Berne avait pris en location dans une banque de Zurich, pour y placer un « fonds de disposition » constitué pendant l'occupation (30) : que la demande puisât ses principes de solution dans le droit administratif hongrois — comme le prétendait le défendeur — ou dans le droit des obligations — comme le soutenait la république demanderesse — importait peu pour le Tribunal : les fonctions du défendeur avaient pris fin par le fait même de la demande de restitution, et il était, dès ce moment, dans la position du locataire qui, à l'expiration d'un contrat, doit restituer au propriétaire la chose qu'il a prise en location (31). Le contrôle qui s'exerce sur le droit public étranger comporte celui de la compétence. Il s'étend, dans une optique « sélective », à la vérification d'une communauté d'intérêts sans laquelle il n'est pas de coopération. C'est l'enseignement, qu'avec Francescakis, l'on retiendra de la vieille théorie des « lois politiques » (32).

Dans ce droit international privé renouvelé, même les lois de confiscation pourraient trouver leur compte.

L'on y verra, peut être, quelque syncrétisme, là où tant d'études savantes ont tâché, à ce jour, de mettre de l'ordre dans les idées. Ce syncrétisme, cependant, n'est pas de notre in-

vention. Il remonte à l'époque où, soucieux d'appréhender le phénomène des nationalisations, M. Mayer a distingué la méthode des règles et celle des décisions, et a reconduit ce phénomène à la seconde, plutôt qu'à la première (33). Les théories qui s'échafaudent en droit international privé décrivent au reste toutes une même réalité : il se conçoit sans hérésie qu'elles se rejoignent toutes ultimement.

IV. — Corruption, confiscation et blanchiment

Trêve, cependant, de considérations trop éloignées de l'espèce commentée. C'est bien, derrière les apparentes circonvolutions du droit procédural suisse, les particularités de l'espèce qui ont conduit, *in casu*, au rejet des prétentions de l'Etat pakistanais.

Que les agissements culpeux d'un chef d'Etat ou d'un fonctionnaire étrangers corrompus puissent fonder une instruction, même une condamnation, pour blanchiment d'argent, semble d'évidence depuis que les autorités belges, réunies en *task force* pour les besoins de la cause, avaient à l'été 1997 envisagé d'employer cette arme pour obtenir le résultat — le gel des avoirs de M. Mobutu — que les nouvelles autorités de Kinshasa avaient sollicité (34). Elles le firent, avant que le piètre résultat d'une commission rogatoire exceptionnelle, dépêchée à Kinshasa au mois de décembre, ne conduise le parquet de Bruxelles à lever, au printemps suivant, une bonne part des mesures prises. Les autorités suisses semblent, pour leur part, accoutumées à l'utilisation de cet instrument « nouveau », dans le cadre de procès faits à d'anciens dirigeants accusés de corruption. La mode paraît s'en être instaurée avec l'affaire Bhutto. Elle se poursuit aujourd'hui, avec les procès faits à l'ancien ministre ukrainien Lazarenko (35) ou, plus récemment, à divers ex-dignitaires du Kremlin (36). La question ne demeure pas moins controversée, dans ce pays, de savoir si la corruption de fonctionnaires publics étrangers peut donner lieu à blanchiment. Partant de l'idée que « [d]er Schutz fremder staatlicher Interessen kann nicht Aufgabe des schweizerischen Strafrechts sein » (37), des auteurs soutiennent que l'article 305bis du Code pénal suppose une « double incrimination concrète » : il ne faut pas seulement que l'infraction principale ait été, si elle y avait été commise, punissable en Suisse, mais que, commise à l'étranger, elle ait porté atteinte au « bien juridique » que le législateur suisse a entendu protéger. S'agissant des « délits de fonction » comme la gestion déloyale des intérêts publics ou la corruption passive, la condition de « double incrimination » ne serait jamais remplie : l'infraction commise à l'étranger n'a pas diminué le patrimoine de l'Etat suisse, seul « bien juridique » que le législateur suisse entend protéger, mais celui d'un Etat étranger (38). Cette résurgence, au niveau pénal, de

l'isolationnisme des lois politiques dont Quadri avait fait, au plan civil, l'apologie, ne fait guère l'unanimité, des auteurs estimant, à l'appui des enquêtes dirigées par le parquet de Genève, que l'on peut se satisfaire, au contraire, d'une double incrimination « abstraite » (39). Il ne semble pas que le Tribunal fédéral ait à ce jour tranché la question (40). Du moins s'est-il abstenu, dans l'arrêt commenté, de condamner la politique répressive des autorités genevoises. Il est vrai que rien ne l'y invitait — ce qui devrait, au mieux, rendre la solution implicite.

Tout évidente que soit la possibilité pour un chef d'Etat ou un fonctionnaire étranger, lui-même ou les personnes à qui il a confié la gestion de sa fortune, de se rendre coupable d'un blanchiment, la question ne se pose pas moins de la restitution aux personnes prétendant droit sur la chose des biens ou valeurs qui en font l'objet. La décision de la chambre d'accusation de Genève est, à cet égard, intéressante à plus d'un titre, qui rejette la prétention de la république du Pakistan de se constituer partie civile pour le double motif qu'elle « n'avait pas apporté la preuve du préjudice qu'elle aurait subi en raison des faits de blanchissement » et qu'une « procédure pénale aurait été ouverte au Pakistan contre Bhutto et consorts, dans le cadre de laquelle des mesures auraient été prises (...) pour préserver [ses] intérêts ».

Le premier motif est assurément déroutant. La constitution de partie civile exige un préjudice, c'est entendu (41). Mais que les faits de blanchiment ne soient pas la cause première d'un préjudice qui trouve plutôt son origine dans l'infraction initiale, de corruption ou de détournement; qu'ils ne fassent, tout au plus, que l'aggraver ou, mieux, que rendre plus malaisés les moyens de sa réparation, suffit-il à exclure toute constitution de partie civile de la part de la victime de l'infraction initiale? L'on pourrait en douter : le propriétaire dépossédé n'a-t-il pas autant de motifs de se plaindre du comportement du receleur, ou du blanchisseur, que de celui du voleur? L'un et l'autre ne sont-ils pas également responsables du dommage qui lui est infligé? Et le blanchiment ne perdrait-il pas, à raisonner autrement, une bonne part des virtualités que l'on avait pu y voir, à l'occasion notamment de l'affaire Mobutu, dans le cadre de la récupération internationale d'avoirs? La réponse à ces questions devrait se trouver dans le choix que le juge ré-

305bis », in Fédération suisse des avocats (éd.), *Geldwäscherei und Sorgfaltspflichten*, actes de la journée d'études du 25 sept. 1990, Zürich, 1991, pp. 111-113; « I problemi di applicazione della norma penale sull'insider trading e la fattispecie penale del riciclaggio di denaro », in Bernasconi et Borghi (a cura di), *Vigilanza bancaria e riciclaggio*, Atti della giornata di studio del 18 ott. 1990, Lugano, 1990, p. 62.

(39) Ackermann, *Geldwäscherei - Money Laundering - Eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den U.S.A. und der Schweiz*, Zürich, 1992, p. 218; Cassani, *Commentaire du droit pénal suisse*, Partie spéciale, vol. 9 : *Crimes ou délits contre l'administration de la justice*, Berne, 1996, p. 67; Zulauf, « Gläubigerschutz und Vertrauensschutz - Zur Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht der Schweiz », *R.D.S.*, 1994, p. 510.

(40) Harari, « Corruption à l'étranger : quel sort réserver aux fonds saisis en Suisse? », *Rev. pén. suisse*, 1998, p. 14.

(41) Cass., 8 nov. 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 924; *Rev. dr. pén. crim.*, 1996, p. 899; 26 mars 1997, *Dr. circ.*, 1998, p. 92.

(28) Mayer, note au *Clunet*, 1978, p. 104; Francescakis, *A.I.D.I.*, vol. 56, p. 195; Stern, « L'extraterritorialité revisitée - Où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de bois et de quelques autres... », *A.F.D.I.*, 1992, pp. 258-259.

(29) A.T.F., 100 II 200, pp. 206-207, consid. 3. L'arrêt est égal. publ. dans *Rev. crit.*, 1975, p. 55, note Vischer. La note est consacrée tout entière à la question, de droit privé, qui a conduit, en définitive, au rejet de la demande.

(30) A.T.F., 75 II 122, égal. rapp. dans *Clunet*, 1949, p. 245.

(31) « [Der Beklagte] kann auf Herausgabe belangt werden, nicht wegen entzogenen, aber wegen unbefugterweise vorenthaltenen Besitzes, gleich einem Mieter, der nach Beendigung der Miete sich der Rückgabe der Mietsachen nicht mehr mit Berufung auf den eben nicht mehr bestehenden Mietbesitz widersetzen kann » (A.T.F., 75 II, consid. 6, p. 130).

(32) *A.I.D.I.*, vol. 56, p. 199, et note à la *Rev. crit.*, 1996, pp. 262 et s.; Gothot, « Le renouveau... », *op. cit. in Rev. crit.*, 1971, p. 238; Maresca, *Conformità dei valori e rilevanza del diritto pubblico straniero*, Milan, 1990, pp. 126-127, 144 et s., et 211 et s.

(33) *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, 1973, pp. 244.

(34) Note au *J.T.*, 1998, pp. 100-101.

(35) *Le Temps*, 4 et 5 déc. 1998; 31 juill. et 18 août 1999.

(36) *Ibid.*, 7 avril, 17 et 29 juill.; 31 août, 11 et 12 sept. 1999.

(37) Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II*, 3^e éd., Berne, 1984, p. 301.

(38) Schmid, « Anwendungsfragen des Straftatbestände gegen die Geldwäscherei, vor allem StGB Art.

pressif fera de la théorie applicable au lien de causalité entre la faute et le dommage : celle de l'équivalence des conditions, qui devrait le conduire à retenir la responsabilité du blanchisseur, ou celle de la causalité adéquate, qui devrait le porter à l'écarter — sans compter, peut-être, que l'incrimination du blanchiment suffit à elle seule, telle qu'elle est organisée en Belgique, à retenir dans son chef une responsabilité dégagée de toute exigence de causalité, fondée sur l'adage *ubi emolumentum, ibi onus* (42). Il ne semble pas, cependant, qu'il faille entrer dans le détail de cette discussion. Car les droits de la personne lésée par l'infraction de base, au moins lorsqu'elle a un caractère patrimonial, ne peuvent être écartés, qu'elle soit ou non partie civile à la procédure tendant à la répression du blanchiment.

Sans doute, l'article 43bis du Code pénal belge n'organise la restitution, en nature ou par équivalent, à la partie civile des choses qui lui appartiennent, que si elles entrent dans la catégorie des « avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction » visés par l'article 42, 3^o, et il en est de même du recours des tiers prétendant droit sur une chose confisquée, que l'arrêté royal du 9 août 1991 aménage conformément à l'article 43bis, alinéa 4. Or l'on cherche en vain, dans le cas d'un blanchiment transnational, les avantages patrimoniaux que produit l'infraction commise en Belgique — en dehors de l'éventuel loyer de l'argent en lequel les choses provenant de l'infraction initiale auraient été, avec plus ou moins de sens du placement, recyclées : l'argent blanchi en Belgique peut être confisqué, certes — il doit l'être, précise l'article 43 —, mais c'est au titre, seulement, indique l'article 505, alinéa 3, d'objet de l'infraction : dans cette hypothèse, « la fonction de réparation octroyée à la confiscation selon l'article 43bis, al[.] 3, [n'est pas] d'application » (43). Les droits des tiers ne sont pas moins sauvegardés : l'article 505, alinéa 3, précise, en finale, que la confiscation qu'il ordonne ne peut leur porter préjudice, au moins lorsque leurs droits portent « sur » les biens confisqués (44). Mieux que la constitution de

partie civile, la tierce opposition formée à l'encontre d'une décision de confiscation paraît ouverte à l'Etat étranger prétendant droit sur la chose, et il ne l'est pas moins à celui qui, victime de la corruption, plutôt que d'un détournement, prétend seulement à une créance de dommages et intérêts (45). Sans compter la possibilité qui lui est ouverte de porter sa demande devant le juge civil, sans que l'auteur de l'infraction puisse lui opposer, semble-t-il, la confiscation spéciale dont il aurait pu faire l'objet (46).

Mais la personne lésée ne risque-t-elle pas, alors, d'être payée deux fois ? Le second motif invoqué par la chambre d'accusation de Genève paraît de prime abord plus compréhensible, et inspiré d'une considération de justice, qui entend éviter que se multiplient à l'envi des procédures — la confiscation « domestique », la demande d'entraide, et la constitution de partie civile — tendant substantiellement au même résultat. L'instrument en serait une prise en considération, qui rendrait irrecevable des recours subséquents que l'introduction d'un premier recours priverait d'intérêt. Il est certes très conforme à la justice qu'un préjudice ne soit pas indemnisé plus que de raison, et qu'une indemnisation précédente, lorsqu'elle est intervenue, serve à jager la recevabilité d'une nouvelle demande d'indemnité (47). Encore est-il douteux que la règle, qui est de fond, puisse être transposée au plan procédural, et qu'elle ait quelque efficacité aussi longtemps que les recours sont pendants et qu'aucun d'entre eux n'a débouché, encore, sur une indemnisation effective. Les controverses que nourrit, depuis l'arrêt *Pemex*, la remise, dans le cadre de l'E.I.M.P., d'« objets » ou « valeurs » n'ayant aucun lien avec l'infraction, lorsque l'Etat requérant ne peut faire valoir contre son auteur qu'une « créance compensatrice » — une créance de dommages et intérêts destinés à couvrir le préjudice que lui a causé l'infraction — (48) auraient à cet égard dû amener la cham-

bre d'accusation de Genève à voir d'un œil moins sévère la constitution de partie civile de la république du Pakistan : l'opportunité de celle-ci, ou plus exactement l'ampleur des résultats sur lesquels elle pouvait déboucher, auraient pu être jugés ultérieurement, après qu'une indemnisation effective fut intervenue, ou ne le fut pas, dans le cadre des procédures pendantes au Pakistan, et dans celui de l'E.I.M.P. Il y a, en Belgique, davantage. Le « danger » de voir une partie civile, ou toute personne préjudiciée par l'infraction, indemnisée deux fois, fait partie intégrante du système qu'a voulu le législateur du 17 juillet 1990 : il n'est que de songer aux effets pratiques de la confiscation par équivalent qu'il institue, qui, par une libre transposition de la théorie américaine du *constructive trust*, soustrait la victime au concours des autres créanciers de l'auteur de l'infraction, et qui le fait même — prémices d'un droit privé « moderne » — dans une mesure qui excède les besoins de la réparation de son préjudice (49). Il serait curieux de ne pas admettre, parce qu'elles seraient « injustes », les conséquences que le législateur a voulues, et d'ôter à la « victime » les moyens procéduraux d'y parvenir. Ou, comme le souligne M. Dirix, le succès de la politique pénale exige que l'on se dispense, pour un temps, de « scrupules » par trop « privatistes » (50).

Les questions soulevées ci-dessus resteront sans réponse. Car elles rebondissent, depuis que le législateur belge, comme, semble-t-il, le législateur suisse s'apprête à le faire, incrimine de façon spécifique, et soumet aux peines du droit belge, la corruption de fonctionnaires publics étrangers. Le danger de procédures parallèles, le risque, pour l'Etat étranger, d'être payé deux fois, le concours de confiscations et d'indemnisations s'en trouvent augmentés, qui appellent une nouvelle appréciation de la règle *ne bis in idem* dans les relations internationales (51).

J.-L. VAN BOXSTAEL

(42) Hustin-Denies, « La législation belge sur le blanchiment de capitaux d'origine criminelle : un instrument d'indemnisation des victimes et de lutte contre la criminalité organisée ? », *Ann. dr.*, 1995, pp. 89-91. M. Stessens (*De nationale en internationale bestrijding van het witwassen*, thèse de l'université d'Anvers, 1998, n° 203, p. 84) juge ces interrogations inutiles : la jurisprudence belge n'aurait jamais hésité à rendre le receleur responsable de l'entier préjudice découlant de l'infraction principale (Cass., 18 juill. 1898, *Pas.*, 1898, I, p. 284, et 29 juill. 1889, *Pas.*, 1889, I, p. 298, que l'auteur cite à la note 416).

(43) Hustin-Denies, « La législation belge... », *op. cit. in Ann. dr.*, 1995, p. 89, note 188; Stessens, *De nationale ...*, *op. cit.*, n° 203, p. 84. Sur la coexistence difficile de ces dispositions avec l'article 44, C. pén., voy. notamment. Vandeplass, « De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen », in *Liber amicorum Marc Châtel*, Anvers, 1991, pp. 395 et s.; Hustin-Denies, « La législation belge... », *op. cit.*, in *Ann. dr.*, 1995, pp. 85 et s.

(44) Dirix, « De verbeurdverklaring met toewijzing aan de benadeelde », in *Om deze redenen - Liber amicorum Armand Vandeplass*, Gand, 1994, p. 188, note 14, qui dément, sur ce point, les affirmations de Cornelis et Verstraete, « Mag er nog wit gewassen worden ? », *Rev. dr. comm. b.*, 1992, pp. 209-210. Faut-il voir, en cette dernière expression, quelque source de distinction entre la situation de tiers pouvant prétendre à un droit réel, et ceux qui ne peuvent faire valoir qu'un droit personnel ? Il ne le semble

pas : la matière pénale est autonome de la matière civile, et l'article 44, C. pén. vise, dans sa lettre, l'une et l'autre prétentions. Il est douteux, du reste, que l'Etat victime d'actes de corruption ne soit pas moins titulaire d'un droit réel (« proprietary right ») que celui qui se prétend victime de vols, ou de détournements (*Attorney-General for Hong Kong v. Reid*, [1992] 2 N.Z.L.R. 385, *rev'd*, [1993] 3 W.L.R. 1143, P.C., sur lequel Pearce, « Personal and proprietary claims against bribees », [1994] *Lloyd's Mar. & Com. L. Q.*, 1994, pp. 189 et s., et Richardson, [April 1994] *N.Z.L.J.*, pp. 124 et s.).

(45) Verstraete, note au *R.W.*, 1988-1989, p. 157; Vandeplass, « De verbeurdverklaring... », *op. cit.*, in *Liber amicorum Marc Châtel*, p. 396; Dirix, « De verbeurdverklaring... », *op. cit.*, in *Om deze redenen*, pp. 194-195. Cf. la note qui précède.

(46) Stessens, *De nationale...*, *op. cit.*, n° 203, p. 84; Vandeplass, « De verbeurdverklaring... », *op. cit.*, in *Liber amicorum Marc Châtel*, pp. 396-397.

(47) Gand, 18 oct. 1889, *Pand. pér.*, 1890, n° 278.

(48) Le Tribunal fédéral avait en son arrêt *Pemex* indiqué, en se référant à la jurisprudence développée sur la base de l'article 44, L.P., que « [d]ie Beschlagnahme irgendwelcher Vermögenswerte des Beschuldigten in der Schweiz zur Schadensdeckung stünde (...) in Widerspruch zu den Grundsätzen des Ewangsvollstreckungsrechts », de telle manière que n'étaient pas saisissables « Gegenstände (...) die mit der Straftat in keinem Zusammenhang stünden und zur Deckung privatrechtlicher Schadenersatzansprüche der durch die Strafhandlung Geschädigten bestimmt seien »

(A.T.F., 115 Ib, p. 535, consid. 7d). « La problématique (...) est toutefois différente », note Harari, de la « créance compensatrice », « dans la mesure où, si celle-ci vise bien la saisie puis la réalisation d'un objet n'ayant aucun lien avec l'infraction, c'est uniquement pour remplacer le produit ou le résultat de l'infraction devenu insaisissable, conformément au principe que « le crime ne doit pas payer » — qui, relève l'auteur en note, « constitue (...) le but principal de la confiscation » — « Il s'agit avant tout d'empêcher que celui qui a disposé des valeurs sujettes à confiscation soit avantagé par rapport à celui qui les a conservées » (« Remise internationale... », *op. cit. in Procédure pénale...*, pp. 180-181, notes omises). Et l'auteur de citer, à l'appui de sa thèse, un arrêt récent du Tribunal fédéral, rendu cependant dans le cadre de la voie de l'exequatur, celle des articles 94 et s., E.I.M.P. — sans préciser si cette voie a été choisie parce que l'arrêt *Pemex* l'avait préconisée ou parce que les articles 63 et 74a ne permettaient pas la remise d'objets ou de valeurs « en vue du remboursement d'une créance compensatrice » (*ibid.*, p. 181, citant A.T.F. 120 Ib 167). L'auteur en conclut que « la solution de l'exequatur paraît être la seule voie qui permette la remise d'objets et valeurs en vue du recouvrement de la créance compensatrice » (*ibid.*, p. 195, souligné par l'auteur lui-même).

(49) Dirix, « De verbeurdverklaring... », *op. cit.*, in *Om deze redenen*, pp. 195-198.

(50) *Ibid.*, p. 199.

(51) Flore, « Le jugement répressif au-delà des frontières nationales », *Ann. dr.*, 1988, pp. 105 à 146.